Ein Beitrag zur Lehre des Vorvertrages, insbesondere der Vorvertrag zu Konsensualkontrakten.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg.

vorgelegt von

Werner Rode,
Referendar aus Münster i. Westf.

Marburg 1931.

Gedruckt in der Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten.

50 17

Ein Beitrag zur Lehre des Vorvertrages, insbesondere der Vorvertrag zu Konsensualkontrakten.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg.

vorgelegt von

Werner Rode,
Referendar aus Münster i Westf.

Marburg 1931.

Gedruckt in der Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten.

50 17

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 6. Juni 1930.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern gewidmet.

Literatur-Verzeichnis.

Adler: Realkontrakt und Vorvertrag, in Jherings Jahrb. für Dogmatik. Bd. 31.

Arndt: Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl.

Archiv für bürgerl. Recht.

Archiv für zivilistische Praxis.

Baehr: Ueber die Verträge zu Gunsten Dritter und über die Schuldübernahme. Archiv für ziv. Praxis. Bd. 57.

Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht. II, 1, 1884.

Berndt: Verpflichtungsverträge nach dem BGB. Diss. 1911.

Beseler: Erbverträge. 2. Teil. Bd. I 1840.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 1. Aufl.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 7. Aufl. 1922.

Danz: Auslegung der Rechtsgeschäfte. 3. Aufl. 1911.

Degenkolb: Der Begriff des Vorvertrages (Festschrift 1871).

Degenkolb: Beiträge zur Lehre vom Vorvertrage im Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 71 S. 1 ff.

Deiter: Der Verpflichtungsvertrag im BGB. Diss. 1902.

Demelius: Realkontrakte im heutigen Recht. in Jherings Jahrb. Bd. 3 S. 399 ff.

Dernburg: Pandekten 5. Aufl. 1897.

Eisele: Ueber Realkontrakte, in Zeitschrift für schweizerisches Recht. N. F. Bd. 3 S. 1 ff.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8.—9. Aufl. 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes.

Gareis: Das deutsche Handelsrecht. 1909.

Geller: Oesterreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis Bd. I S. 141 ff.

v. Gerber:	System des Deutschen Privatrechts. 1895.
Goeppert:	Zur Lehre von den pacta de contrahendo. in Krit. Viertelj.Schr. Bd. 14 S. 400 ff.
Goldschmidt:	Zeitschrift für Handelsrecht I S. 273 ff.
Hellwig:	Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Hueck:	Bedarf die dem Hauptschuldner erteilte Zusage, für ihn die Bürgschaft übernehmen zu wollen, der Schriftform des § 766 BGB? im Recht 1917, S. 419 ff.
Jhering's	Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
Kellerhof:	Das pactum de mutuo dando. 1896.
Koch:	Die Form des Vorvertrages bei formellen Verträgen. Diss. 1919.
Kohler:	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1906.
Kommentar	Der Reichsgerichtsräte zum BGB. I. u. II. Bd. 6. Aufl. 1928.
Fr. Leonhard:	Allgemeines Schuldrecht des B.G.B. I. 1929.
Markus:	Unterliegt das dem Schuldner abgegebene Versprechen, für seine Verbindlichkeiten zu bürgen, der Schriftform des § 766 BGB? in D.J.Z. 1906 S. 186.
Motive	zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.
Oertmann:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl.
Planck:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Protokolle	der Kommission für die II. Lesung des Entwurfes eines BGB.
Regelsberger:	Zivilrechtliche Erörterungen. Bd. I 1888.
Regelsberger:	Vorverhandlungen bei Verträgen. 1868.
Rehbein:	Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1899.
Rechtsprechung	der Oberlandesgerichte.
Schloßmann:	Ueber den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte, in Jherings Jahrbuch 45, S. 1 ff.
Schmitz:	Ueber den Vorvertrag bei Konsensualkontrakten. Diss. 1895.
Seuffert's	Archiv für Entscheidungen.
Sintenis:	Das gemeine praktische Zivilrecht. 1868.
Staudinger:	Kommentar zum BGB. 3./4. Aufl.

Stinzing:	Die Vorverpflichtung im Gebiete der Schuldverhältnisse. 1903.
Storch:	Der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehnsvertrag. 1878.
Suffrian:	Das pactum de mutuo dando. 1866.
Thoel:	Handelsrecht, 6. Aufl.
Windscheid-Kipp:	Lehrbuch der Pandekten. 1906.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547924_0099

Jnhaltsübersicht.

Einleitung.

I. Teil. Der Vorvertrag im Allgemeinen.

§ 1. Begriff und Wesen des Vorvertrages.

§ 2. Gültigkeitserfordernisse des Vorvertrages.

a.) Der Inhalt.

b.) Die Form.

§ 3. Der Anspruch aus dem Vorvertrage.

a) Anspruch auf contrahere.

b) Anspruch auf Leistung des Interesses.

c) Vollstreckbarkeit des Anspruches.

d) Uebertragbarkeit des Anspruches.

§ 4. Der Vorvertrag im Verhältnis zu den Vorverhandlungen der §§ 154 und 155 BGB.

II. Teil.

§ 5. Realkontrakte im geltenden Recht; Vorverträge vor Realkontrakten.

III. Teil. Vorverträge vor Konsensualkontrakten.

§ 6. Logische Möglichkeit.

§ 7. Tatsächliches Vorkommen.

a.) Umschreibung der Anwendungssphäre.

b.) Motive zum Abschluß.

c.) Anerkennung durch das positive Recht.

Schlußfolgerung.

Wenn man die Ausdrücke: pactum de contrahendo oder die speziellen: pactum de mutuo dando, pactum de commodando, pactum de deponendo hört, könnte man kaum glauben, daß sie nicht aus dem römischen Rechte stammen sollen. Und doch ist es so; sie sind erst im gemeinen Recht gebildet worden; dem römischen Recht waren diese Begriffe fremd. Bei dem strengen Kontraktsformalismus des römischen Rechtes[1]) waren nur die in einer der causae civiles eingekleideten Abreden, — wozu später noch die pacta adjecta, das constitutum debiti und die sogenannten pacta vestita kamen —, mit Klagbarkeit ausgestattet. Das pactum de contrahendo verschwand in der Masse der klaglosen pacta nuda.

Dem Deutschen Rechte, dem Recht der Real- und Formalverträge, mußte der Vorvertrag fremd bleiben. Die Glossatoren dürfen für sich in Anspruch nehmen, die ersten gewesen zu sein, welche dem wichtigen Gebiete des Vorvertrages ihre Aufmerksamkeit zuwandten. Sie reihten diese Verträge der Kategorie der pacta praeparatoria ein, und stritten, da sie als solche pacta nuda waren, heftig über ihre Gültigkeit.

Aber erst, als nach und nach unter dem Einfluß kanonistischer und naturrechtlicher Anschauungen formlose Schuldverträge als verbindlich anerkannt wurden, gelangte der Vorvertrag zu voller Selbständigkeit und Bedeutung.

So finden wir die Vorverträge in den Codifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts, wenigstens zum Teil anerkannt und in §§ geregelt. So im A.L.R. 1. Teil Titel 11 § 654—661, im Oesterreichischen Zivilgesetzbuch, § 936, 971 u. 983, im Sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch § 1068, 1069 u. 1174 und im code civil.

Im Deutschen bürgerlichen Gesetzbuch hat der Vorvertrag keinen Platz gefunden. Aus den Motiven[2]) erhellt, daß man mangels

---

[1]) Regelsberger, S. 129, 130; 68. Dig. de verborum obligationibus 45, 1; dazu Schloßmann S. 65; Goeppert S. 410.

[2]) Motive I S. 178. Von einer allgemeinen Regelung des Vorvertrages, pactum de contrahendo, ist mangels zureichenden Bedürfnisses abgesehen. Daß ein Vorvertrag sowohl bei Realverträgen, soweit solche anerkannt werden, als bei Konsensualverträgen möglich und zulässig ist, kann ebensowenig einem begründeten Zweifel unterliegen, wie daß ein solcher Vertrag nur gültig ist, wenn der Inhalt des künftigen Vertrages, welcher auf Grund desselben geschlossen werden soll, zur Genüge bestimmt ist.

zureichenden Bedürfnisses von einer Regelung Abstand nehmen zu können glaubte. Wenn man daraus aber auf ein Nichtanerkennen der Vorverträge schließen wollte, so würde das dem im BGB herrschenden Prinzip der Vertragsfreiheit zuwiderlaufen. Es kann daraus vielmehr nur geschlossen werden, daß auf Vorverträge keine anderen als die allgemeinen Vertragsgrundsätze anzuwenden sind.

Wir werden später zu untersuchen haben, ob der Vorvertrag für das Verkehrsleben geeignet und notwendig erscheint, und ob und inwieweit das positive Recht den Vorvertrag in seiner eigenartigen Wirkung anerkennt und schützt. Wir wollen zunächst im wesentlichen den Begriff des Vorvertrages entwickeln, um ihn dann im Zusammenhang mit dem positiven Recht zu beleuchten.

1. Teil.

Der Vorvertrag im Allgemeinen.

§ 1.

Wesen und Begriff des Vorvertrages.

Gegenstand eines obligatorischen Vertrages ist das Forderungsrecht, das den Vertrag begründet. Dieses Recht kann auf Abschluß eines neuen, im alten bezeichneten Vertrages gehen. Einen derartigen Inhalt hat das pactum de contrahendo. Thoel[3]) hat den Begriff des Vorvertrages zum ersten Male definiert und zwar dahinlautend: er sei ein Vertrag des Inhalts, daß ein Vertrag geschlossen werden solle, also ein gegenwärtiger Vertrag, der einen zukünftigen verspricht. Diese Definition von Thoel läßt nicht erkennen, ob der versprochene Vertrag zwischen den Kontrahenten des Vorvertrages zu schließen ist, oder ob er auch zwischen einem der Kontrahenten und einem Dritten geschlossen werden kann. Nach der ziemlich allgemein anerkannten Definition von Degenkolb:[4]) „Der Anspruch aus dem Vorvertrage ist auf das dem in Aussicht genommenen Vertrage entsprechende Mitwirken des Promittenten zum Vertragsschluß mit dem Prommissar gerichtet", ist also wohl anzunehmen, daß der spätere Vertrag von den Kontrahenten des Vorvertrages zu schließen ist. Das bedeutet also, daß ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, mit einem D r i t t e n einen Vertrag einzugehen, nicht unter den Begriff des Vorvertrages fallen kann, wie er im Rechtsleben gewöhnlich gefaßt wird.

Wir sagen ausdrücklich, nicht unter den Begriff des Vorvertrages, wie er im Rechtsleben g e w ö h n l i c h verstanden wird. Wir wollen nämlich einen Vorvertrag, durch den jemand sich verpflichtet, mit einem Dritten einen Vertrag einzugehen, als Vorvertrag im weiteren Sinne anerkennen.

Man denke sich folgendes rechtliche Vertragsgebilde. A geht B um ein Darlehn an. B verspricht A, ihm das Darlehn zu gewähren, falls C Bürgschaft leiste. C erklärt sich auf Ansuchen des A zur Bürgschaftsübernahme bereit. Wenn wir die Erklärung des C an A, für ihn Bürgschaft leisten zu wollen, auf ihre rechtliche Bedeutung hin untersuchen, kommen wir zu der Feststellung, daß dieses Versprechen einen d o p p e l t e n Charakter hat. Es ist zunächst ein Versprechen auf Leistung an einen Dritten; ein Vertrag

---

[3]) Thoel, Handelsrecht I S. 778.
[4]) Degenkolb: Arch. f. ziv. Praxis Bd. 71, S. 17.

im Sinne der §§ 328 ff. BGB. So sagt zutreffend Hellwig[5]) „Wird dem Schuldner die Uebernahme einer Bürgschaft versprochen, so ist die dem Gläubiger gegenüber erfolgende Verbürgung die versprochene Leistung."

Ob wir es mit einem berechtigenden oder ermächtigenden[6]) Verträge auf Leistung an einen Dritten zu tun haben, d. h. ob nur A als Versprechensempfänger forderungsberechtigt sein soll, oder ob auch der Darlehnsgeber B als Dritter ein selbständiges Recht auf die Leistung erlangen soll, kann hier nicht weiter interessieren — es hängt ja bekanntlich die Berechtigung oder bloße Ermächtigung von dem Willen der Parteien ab, und in unserem Beispiele können wir von einer Festsetzung zur einen oder anderen Seite absehen, da es unserer Untersuchung gleichgültig sein kann. Es genügt für uns die Feststellung, daß A aus dem Versprechen des C als einem Versprechen auf Leistung an einen Dritten Uebernahme der Bürgschaft von C beanspruchen kann.

Und gerade dieser Anspruch aus dem Vertrage auf Leistung an einen Dritten zwingt uns, in dem A gegebenen Versprechen noch einen zweiten Vertrag zu erblicken, nämlich einen Vorvertrag, einen Bürgschaftsvorvertrag im weiteren Sinne. Denn die Leistung, zu der C sich dem A gegenüber verpflichtet hat, ist Abschluß eines Bürgschaftsvertrages: der Inhalt des ersten Vertrages zielt auf Abschluß eines neuen Vertrages, also auf eine „contrahere", womit wir auf das charakteristische Merkmal des Vorvertrages stoßen. Denn das ist die charakteristische Eigenschaft des Vorvertrages im Gegensatz zu gewöhnlichen anderen Verträgen, daß sein Inhalt nicht wie jene auf eine facere, sondern auf ein contrahere hinzielt.

Diese Folgerung findet einen weiteren Halt, wenn wir unser Beispiel ein wenig ausbauen. Man denke: B habe auf Grund der — wir schieben hier ein — „mündlichen" Erklärung des C an A, er wolle für ihn bürgen, an A das gewünschte Darlehn gezahlt. Als B von C Abgabe der Bürgschaftserklärung verlangt, weigert sich C und erklärt, er sei zur Abgabe der Bürgschaftserklärung nicht verpflichtet. Wir wollen einmal annehmen, C habe nicht A, sondern B gegenüber sich verpflichtet, die Bürgschaft zu übernehmen. In diesem Falle hätten wir es mit einem Bürgschaftsvorvertrage zu tun. Wie zur Gültigkeit der Bürgschaftserklärung nach § 766 BGB schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich ist, so ist auch, wie wir weiter unten beweisen werden, für das Bürgschaftsversprechen die Schriftform erforderlich. C könnte also mit Recht die Abgabe der Bürgschaftserklärung verweigern.

C hat sich aber A gegenüber verpflichtet. Würden wir dieses Versprechen als Vorvertrag, wenn auch als Bürgschaftsvorvertrag im weiteren Sinne, nicht anerkennen, so würde A den C zur Abgabe der

[5]) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 69.
[6]) Vgl. Hellwig, dito. S. 43.

Bürgschaftserklärung zwingen können aus dem mündlichen Bürgschaftsversprechen als einem Versprechen auf Leistung an einen Dritten.

Man denke, A und B wären zusammen zu C gekommen und hätten ihn gefragt, ob er bürgen wolle. Sollte dann die mündliche Zusage, dem A erteilt, verbindlich, an den B gerichtet, als Bürgschaftsvorvertrag unverbindlich sein?

Wir sehen also, daß wir auch Verträge, durch die man mit einem Dritten zu paktieren sich verpflichtet, als Vorverträge, wenn auch im abgeleiteten Sinne, anerkennen müssen.

Die schon angeschnittene Frage, ob Vorverträge nur den Abschluß obligatorischer Verträge zum Gegenstand haben können, oder ob auch die dinglichen, familienrechtlichen und erbrechtlichen Belange Inhalt von Vorverträgen sein können, ist bestritten. Es wäre naheliegend, den Geltungsbereich der Vorverträge so weit sich erstrecken lassen, als Möglichkeiten für Verträge gegeben sind. Und in der Tat sagt Degenkolb[7]) in Beantwortung der Frage nach der Umschreibung der Anwendungssphäre des Vorvertrages: „Rein a priori betrachtet reicht sie soweit als der Begriff des Vertrages. Daraus ergibt sich für den Begriff des Vorvertrages, daß er sich auf die Zusicherung des Abschlusses obligatorischer Verträge nicht beschränkt. Er kann sich auf den Abschluß dinglicher Verträge richten, er kann sich auf den Abschluß familienrechtlicher Verträge beziehen." Nur aus Zweckmäßigkeitsgründen folgt er der „üblichen" Beschränkung des Vorvertrages auf die Sphäre des Obligationsrechtes. U. E. darf das Anwendungsgebiet der Vorverträge nicht über den Geltungsbereich der obligatorischen Verträge hinausgehen.[8]) Einmal sprechen geschichtliche Gründe gegen eine so weite Ausdehnung der Anwendungssphäre der Vorverträge. Des weiteren müßte man in dem Falle, daß man das Anwendungsgebiet der Vorverträge nicht auf das Obligationenrecht beschränken wollte, alle Veräußerungsgeschäfte als reine Vorverträge der entsprechenden dinglichen Verträge bezeichnen.

Es mag hier ein kurzes Wort der Kritik zu den gebräuchlichen Bezeichnungen Vorvertrag und Hauptvertrag gesagt werden. Wir glauben, daß der Ausdruck Vorvertrag nicht bezeichnend genug ist. Der Ausdruck bezeichnet nur das zeitliche Vorausgehen des Vertrages vor einem anderen und läßt den Charakter, die Verpflichtung zum contrahere, überhaupt nicht hervortreten. Wir zitieren Leonhard:[9]) „Der Ausdruck (Vorvertrag) ist aber nicht gut, denn er bezeichnet gar nicht den eigenartigen Inhalt solcher Verträge." Er

---

[7]) Degenkolb, Festschrift S. 19.

[8]) Man vergleiche Göppert S. 404, Deiter S. 10; Koch S. 10; Kohler, Lehrbuch d. bürg. Rechts. Bd. I § 246.

[9]) Fr. Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des B.G.B. I. S. 290.

schlägt deshalb den Ausdruck Abschließungsvertrag vor. Man hat eine Unzahl neuer Bezeichnungen vorgeschlagen, von denen u. E. wohl die von Deiter[10]) gegebenen — Verpflichtungsvertrag und Erfüllungsvertrag — den Inhalt der Verträge treffend kennzeichnen. Aber wenn man auch zugibt, daß bessere Bezeichnungen als die gewöhnlichen gefunden sind, so haben wir doch aus dem Gedanken, daß bei der Gebräuchlichkeit der alten neue Bezeichnungen leicht Mißverständnisse hervorrufen würden, im vorliegenden die in Rechtsprechung und Literatur eingebürgerten Bezeichnungen beibehalten.

Um das Wesen der Vorverträge besser verstehen zu können, haben wir sie zu scheiden in einseitige und zweiseitige (verpflichtende) Verträge. Es kann der Wille der vertragschließenden Parteien dahingehen, daß nur ein Teil durch den Vorvertrag zum Mitwirken beim Abschluß des Hauptvertrages verpflichtet sein soll, — einseitig bindender Vorvertrag. Ein zweiseitiger Vorvertrag liegt dann vor, wenn beide Kontrahenten zum Abschluß des Hauptvertrages sich verpflichtet haben. Die Literatur[11]) geht nicht einig in Beantwortung der Frage nach der Möglichkeit des Vorliegens ein- oder zweiseitig verpflichtender Vorverträge. U. E. ist die Entscheidung nicht schwierig, wenn man bedenkt, daß für die Qualifizierung der Vorverträge in ein- oder zweiseitige nur eines maßgebend sein kann, nämlich der Wille der Parteien. Der Wille der Parteien bestimmt, wann das eine und wann das andere der Fall sein soll. Im Zweifel wird der Wortlaut des Vertrages, eventuell der ganze Hergang beim Vertragsschluß den Vertrag als einseitigen oder zweiseitigen festlegen und bestimmen.

Ausgehend von der Thoel'schen Definition des Vorvertrages in Verbindung mit der Degenkolbs und unter Berücksichtigung unserer Beschränkung der Anwendungssphäre der Vorverträge auf Verträge obligatorischen Inhalts und endlich in Ansehung unserer Einteilung in ein- und zweiseitige Kontrakte, charakterisieren wir den Vorvertrag dahin: Der Vorvertrag ist ein obligatorischer Vertrag, durch den eine oder beide Parteien zur Mitwirkung beim Abschlusse eines künftigen obligatorischen Vertrages sich verpflichten.

§ 2.

Gültigkeitserfordernisse des Vorvertrages.

Wie schon erwähnt, hat das BGB über den Vorvertrag keine Vorschriften erlassen. Grundsätzlich sind daher die für Verträge im allgemeinen erlassenen Vorschriften auf den Vorvertrag entsprechend

---

[10]) Deiter, Verpflichtungsvertrag.

[11]) vgl. Göppert, Bechmann, Dernburg, Pandekten II, A.L.R. I 11 § 654 u. 658 und das Sächs. BGB im § 1068, das das pactum de mutuo dando als zweiseitigen Vorvertrag ansieht.

anzuwenden. Da aber der Inhalt der Vorverträge nicht wie alle anderen auf ein facere, sondern auf ein contrahere hinzielt, also der Inhalt anders geartet ist wie bei jenen, so hat man wohl zu prüfen, ob nicht im einzelnen der Anwendung der allgemeinen Vertragsgrundsätze die Besonderheit des Vorvertrages Schranken setzt.

Wir wollen an dieser Stelle nicht auf die Ansicht derer[12]) eingehen, die behaupten, der Vorvertrag bedürfe, um gültig zu sein, der essentialia des Hauptvertrages. Wir werden auf diese Meinung, die, nebenbei bemerkt, eine Verneinung aller Vorverträge bedeutet, gelegentlich der Erörterungen über den Vorvertrag zu Konsensualkontrakten zurückkommen müssen.

Eine genaue und festumrissene Inhaltsbegrenzung der Vorverträge ist bei der Verschiedenartigkeit der Einzelnen nicht möglich. Der Vorvertrag muß soviel von den materiellen Erfordernissen des Hauptvertrages enthalten, daß das spätere contrahere entsprechend den allgemeinen Vertragsgrundsätzen als genügend bestimmtes Vertragsobjekt gelten kann. Wieviel nun der Vorvertrag, um genügend bestimmt zu sein, von dem Inhalt des Hauptvertrages in sich aufnehmen muß, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden. Jedenfalls muß er soweit bestimmt sein, daß die Einzelheiten des Hauptvertrages künftig im Streitfall richterlich festzustellen sind, d. h. er muß bestimmbar sein. Damit dürften die wesentlichen Erfordernisse umrissen sein; eine engere Begrenzung ist bei der Verschiedenheit der einzelnen Verträge nicht zu geben.

Im Einzelnen ist folgendes zu beachten.

Es muß im Vorvertrage die Art des Hauptvertrages festgelegt sein, d. h. man muß erkennen können, ob im Hauptvertrage Kauf oder Tausch, Miete oder Pacht, Leihe oder Verwahrung abgeschlossen werden sollen. Gleichgültig ist es, ob die Parteien ihren Willen richtig benennen: Da mihi factum, dabo tibi ius.[13]) Beim Darlehnsvorvertrag muß die Höhe der Summe zum mindesten bestimmbar sein; denn eine Belastung — Höhe der Summe — nur einer Partei darf nicht der Willkür der anderen überlassen sein.[14]) Ein gleiches gilt für die Höhe des Kaufpreises, des Miet- oder Pachtzinses. Ebenso ist bei der Verpflichtung zu einem Werkver-

---

[12]) Vgl. Windscheid, Lehrbuch der Pandekten, der allerdings seine früher sehr weitgehende Lehre in den neuen Auflagen seiner Pandekten bedeutend eingeschränkt hat.

[13]) Bechmann, S. 282 A 2.

[14]) Kreitmayer, Anm. über den cod. civ. max. beav. civ. IV Kap. 2 § 2. Wenn ich also jemand z. B. in genere ein Darlehn ohne das Quantum zu melden, verspreche, so ist der Schluß noch nicht gemacht, sondern bleibt auf weitere Traktationen oder Bestimmung des Quanti bestellt.

trage zur Gültigkeit des Vertrages eine Vereinbarung über die zu entrichtende Vergütung unerläßlich. Zum mindesten aber muß, da nach § 632, 2 BGB in Ermangelung einer Bestimmung die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen ist, der darauf zielende Wille der Parteien aus ihrem Verhalten klar erkennbar sein.[15]) Eine Entscheidung des ROHG 17 S. 218 besagt Folgendes: Es erklärte jemand, mit einem anderen in ein Kontokorrentverhältnis eintreten und für sein jeweiliges Guthaben Zigarren von diesem entnehmen zu wollen. Es fehlte in diesem Vorvertrage, der durch die Annahme der Erklärung seitens des anderen zustande kam, die Bestimmung über den Preis, die Qualität und Quantität der Zigarren. Im Gebiete des BGB mußte dieser Vertrag mangels hinreichender Bestimmtheit für nichtig erklärt werden. Das ROHG entschied aber dahin, daß der Vertrag hinreichend bestimmbar sei: Der Preis sei der ortsübliche, hinsichtlich der Qualität ließ man mit Recht dem Gläubiger die Wahl, während man die Quantität als abhängig von der Höhe des Guthabens und des Preises der Zigarren bezeichnete. Diese Entscheidung dürfte, da über einen im Handelsverkehr unter Kaufleuten üblichen Vertrag ergangen, wohl zu Recht bestehen.

Der Inhalt des Vorvertrages erschöpft sich nicht mit der Auskunft darüber, w a s zu leisten ist, sondern er muß auch erkennen lassen, w o und w a n n zu leisten ist.

Bezüglich des Leistungsortes gilt § 296 BGB. Es ist also der Ort der Leistung aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen.

Die Bestimmung der Zeit ist, abgesehen von etwa im Vertrage enthaltenen Bestimmungen, gemäß § 271 BGB aus den Umständen zu entnehmen. Ergeben diese keinen Anhaltspunkt, so kann nach § 271 BGB die Leistung sofort verlangt werden. Eine Anwendung dieser Vorschrift auf die Vorverträge ist aber u. E. ausgeschlossen, weil sie den Zweck der Vorverträge vereiteln würde. Denn gerade das ist ja eine Hauptaufgabe des Vorvertrages und gerade da beweist er einen vernünftigen Sinn,[16]) daß die Stellung der Parteien rechtlich gesichert wird, wenn die Leistung nicht s o f o r t erfolgen soll. Durch den Abschluß des Vorvertrages wollen die Parteien gerade den sofortigen Abschluß des Hauptvertrages vermeiden. Es bleibt also, wenn die Umstände den Zeitpunkt der Leistung nicht erkennen lassen, nur die Möglichkeit einer Zeitbestimmung gemäß § 315 BGB nach billigem Ermessen. Wenn aber jeder Anhaltspunkt fehlt, ist der Vertrag wegen mangelnder Bestimmtheit des Inhaltes für ungültig zu erklären, zumal da in solchen Fällen eine rechtliche

---

[15]) O.L.G. E. Bd. 2 S. 178.

[16]) Vgl. Bechmann S. 274, Degenkolb S. 79 und Göppert S 420.

Bindung meistens ernstlich nicht beabsichtigt ist. Es wird sich bei diesen unbestimmten Zusagen, vor allem beim Darlehen, durchweg um eine in höfliche Form gekleidete Ablehnung handeln.

Eines der umstrittensten Gebiete in der Lehre vom Vorvertrage ist die Frage nach der Form.

Ausgehend vom Prinzip der Formfreiheit, welches das BGB beherrscht, muß auch der Vorvertrag allgemein als formlos gültig angesehen werden. Es ist selbstverständlich, daß der Vorvertrag zu seiner Wirksamkeit der für ihn selbst etwa vorgeschriebenen Form bedarf. So würde ein Vorvertrag, der Schenkungsversprechen ist, ohne gerichtliche oder notarielle Beurkundung nichtig sein.

Das Reichsgericht erklärt in einer Entscheidung Bd. 43 S. 93 einen formlosen Vorvertrag dann für ungültig, wenn er weiter nichts enthält, als die Verpflichtung, einen Hauptvertrag einzugehen, der zu seiner Gültigkeit überhaupt, nicht etwa nur wie der Wechselvertrag mit Rücksicht auf gewisse, gerade diesen Vertrag auszeichnende Rechtswirkungen, gesetzlich an die Beobachtung einer bestimmten Form geknüpft ist.

In der Literatur finden wir die verschiedensten Ansichten vertreten. Die krasseste der vertretenen Anschauungen ist wohl die, daß auch für einen formbedürftigen Hauptvertrag ein formloser Vorvertrag durchaus gültig sei. So spricht z. B. Adler[17]) direkt von einer klassischen Unabhängigkeit der Gültigkeitserfordernisse von Vor- und Hauptvertrag, trennt also völlig die Betrachtung des Vorvertrages vom Hauptvertrage. Ebenso sagt Riesler[18]) in Staudingers Kommentar, daß für die Bejahung der Frage, ob der Vorvertrag der für den Hauptvertrag vorgeschriebenen Form bedürfe, kein zwingender Grund ersichtlich sei; daß nämlich an jedes agere in fraudem legis die Folge der Nichtigkeit zu knüpfen, unsere Rechtsordnung nicht vorschreibe. Diese Meinung ist u. E. als abwegig zu bezeichnen, da hierdurch gewöhnlich der Zweck der Formvorschriften, die doch in unserem Rechte die Ausnahmen bilden, vereitelt würde.

Auch die entgegengesetzte Ansicht, daß die für den Hauptvertrag vorgeschriebene Form unbedingt auf den Vorvertrag zu übertragen sei,[19]) erscheint uns falsch. Begründet wird diese Ansicht damit, daß der Zweck der Formvorschrift, die Parteien zu ernster Ueberlegung anzuhalten, illusorisch würde. Er würde vereitelt, wenn auf Grund eines formlosen Vorvertrages der Abschluß eines an die Form gebundenen Hauptvertrages erzwungen werden könnte.

---

[17]) Adler, Realkontrakt und Vorvertrag § 6.
[18]) Riesler, in Staudingers Komm. zum BGB. I S. 469.
[19]) Windscheid, Lehrbuch der Pandekten § 310; Planck, Komm. zum BGB; Rehbein, das BGB.

An sich ist dem zuzustimmen; aber man beachtet nicht, daß die Formvorschriften neben dem Zweck des Schutzes vor Uebereilung und Unvorsichtigkeit noch anderes wollen. Denn häufig trafen verschiedene Gründe zusammen und führten in ihrer Gesamtheit zur Vorschrift der Form, wie aus den Protokollen und Motiven klar ersichtlich ist.

Die meistvertretene und u. E. entschieden richtige Ansicht ist die, daß die Frage nach der Notwendigkeit der Form des Vorvertrages zum formbedürftigen Hauptvertrage weder allgemein verneint noch auch bejaht werden kann, sondern daß der Hauptzweck der Formvorschrift entscheiden muß.

So unterscheidet z. B. Gerber[20]) die Fälle, in denen die Formvorschrift zur Erschwerung des Abschlusses des Vertrages im Interesse der Parteien gegeben ist und die, in denen sie den Zweck der Beweiserleichterung haben sollen; wonach der Vorvertrag im ersten Falle formbedürftig, im zweiten formlos gültig sei.

In diesem Sinne macht auch Regelsberger[21]) den Unterschied: Einmal Formvorschriften, die auf den Willen der Parteien einwirken sollen, dagegen die nur im Interesse einer sicheren Konstatierung des Willens erlassenen.

Grundsätzlich ist also der Vorvertrag wie jeder andere Vertrag des BGB formlos. Wo aber die Formlosigkeit des Vorvertrages den Zweck der Formvorschrift, die für den betreffenden Hauptvertrag vorgeschrieben ist, illusorisch machen würde, fordern wir den formellen Abschluß des Vorvertrages.

Ein Beispiel mag hier erläutern. Jemand hat versprochen, eine Bürgschaft zu übernehmen. Die Bürgschaftserklärung ist nach § 766 BGB formbedürftig. Aus dem eben Gesagten ergibt sich, daß auch die Verpflichtung, einen Bürgschaftsvertrag abschließen zu wollen, also der Vorvertrag formbedürftig ist. Gerade hier liegt der Zweck der Formvorschrift und damit die Uebertragungsnotwendigkeit der Form des Hauptvertrages auf den Vorvertrag besonders klar. Die Formvorschrift des § 766 BGB soll vor allem den künftigen Bürgen zur Ueberlegung anhalten, bevor er seine Erklärung abgibt;[22]) Ausnutzung von Unerfahrenheit und Leichtsinn soll erschwert werden, und durch unüberlegte oder übereilte mündliche Erklärungen soll niemand gebunden werden.

Würde hier ein formloser Vorvertrag anerkannt, so würde der klar ausgesprochene Zweck der gesetzlichen Formvorschrift ver-

---

[20]) Gerber, System des Deutschen Privatrechts. S. 329 ff.
[21]) Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen I S. 139 ff.
[22]) Motive II S. 660; Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 174.

eitelt. Denn dann würde dieses Versprechen zwar nicht als Bürgschaftserklärung, wohl aber als Versprechen einer künftigen Bürgschaftsübernahme bindend sein, und der Gläubiger einen durch Klage erzwingbaren Anspruch auf Abgabe der Bürgschaftserklärung haben. Es kann also keinem Zweifel unterliegen, — RG 76, S. 303 spricht geradezu von anerkanntem Recht —, daß der Bürgschaftsvorvertrag der Schriftform bedarf.

§ 3.

Der Anspruch aus dem Vorvertrage.

Aus dem Begriff des Vorvertrages ergibt sich die ihm begriffsnotwendige Wirkung. Wenn aus dem als selbständigen Vertrag gekennzeichneten Vorvertrag der Verpflichtete zu entsprechender Mitwirkung zum Abschluß des Hauptvertrages gehalten ist, so ist damit die Frage nach der Wirkung des Vorvertrages schon beantwortet. „Die Wirkung[23]) bestimmt den Begriff: Bewirkt der Vorvertrag, wie so viele in alter und neuer Zeit lehren, lediglich einen Anspruch auf Leistung des Interesses am contrahere, anstatt eines Anspruches auf Leistung des contrahere selbst, so ist der Vorvertrag zu bestimmen, nicht als Vertrag auf Vertragsschluß, sondern als Vertrag auf Leistung einer in bestimmter Weise abzuschätzenden Summe, falls das contrahere nicht erfolgen sollte".

Die Frage dreht sich also um die Alternative zwischen dem aus dem Vorvertrage abzuleitenden Anspruch auf contrahere und dem Anspruch auf Leistung des Interesses.

Im römischen und auch im gemeinen Recht ging nach Ansicht der meisten Schriftsteller der Anspruch aus dem pactum de contrahendo nur auf das Interesse. Man stritt allerdings, ob der Anspruch des Gläubigers immer auf das Interesse allein gehe, oder nur dann, wenn der Schuldner seine Mitwirkung versage.

Erstere Ansicht vertreten Windscheid[24]) und Arndt[25]) unter Berufung auf die später noch zu zitierende L. 68 Dig. d. verborum obligationibus 45, die beide nur einen Anspruch auf das Interesse geben wollen.

Regelsberger[26]) will dem Gläubiger nur einen Anspruch auf das Interesse zugestehen, dem Schuldner dagegen statt der Interesseleistung die Möglichkeit des Vertragsschlusses nicht versagen.

---

[23]) Degenkolb S. 39.
[24]) Windscheid II S. 272.
[25]) Arndt S. 457.
[26]) Regelsberger S. 131.
[27]) Pandekten, II. S. 27.

Dem Anspruch auf das Interesse gibt auch Dernburg[27]) den Vorzug, wenngleich er auch den Anspruch auf Erfüllung anerkennt. „Der Berechtigte kann in der Regel auch unmittelbar sein Interesse einklagen. . . . Die Verurteilung in das Interesse ist derzeit nicht, wie im römischen Recht, das allein zu Erlangende, aber doch in der Regel das Praktische und Angemessene, daher dem Kläger auf Antrag nicht zu versagen."

Wir nannten schon die berühmte L. 68 Dig. d. verb. oblig. (si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi crediturus spondes incerta est stipulatio, quia is venit in stipulationem, quod mea interest.) Demgemäß hatte der aus dem Darlehnsversprechen Berechtigte bei der Weigerung des anderen Teils nur die Klage auf das Interesse und so behauptete auch Brinz,[28]) es könne aus einem Vorvertrage nur auf das Interesse geklagt werden, weil das contrahere ein naturaliter nicht erzwingbarer Gegenstand sei.

Es gab aber im römischen Recht nur eine condemnatio pecuniaria und auch in der klassischen Zeit war nur die liquide Geldschuld der prozessualen Exekution fähig.[29]) So hat auch Degenkolb[30]) bezüglich der eben zitierten Stelle festgestellt, daß es nicht ersichtlich sei, ob das mea interest von Haus aus den Anspruch darstelle oder den Gegenstand der Kondemnation. Er bewies dann weiter, daß das contrahere nicht unvereinbar ist mit jeder Art des Rechtszwanges.

Somit stellt sich das contrahere als ein durchaus geeignetes Vertragsobjekt dar und es geht der Anspruch aus dem Vorvertrage auf Abschluß des Hauptvertrages, soweit nicht ausnahmsweise im Interesse des aus dem Vorvertrage Berechtigten eine Klage auf das Interesse gegeben werden muß.

Wenn wir annehmen, daß ein Kauf vertraglich versprochen, die betreffende Sache aber untergegangen ist, so könnte der Kauf nicht mehr gültig abgeschlossen werden und der Hauptvertrag wäre nach § 306 BGB nichtig. Die Rechtsordnung wird niemanden zwingen wollen, einen nichtigen Vertrag abzuschließen, es muß dem Gläubiger gestattet sein, sofort auf das Interesse zu klagen.

Wenn weiter jemand sich durch Vorvertrag zur Uebernahme eines Auftrags verpflichtet, so ist zu berücksichtigen, daß ihm nach § 671 BGB jederzeit das Kündigungsrecht zusteht mit der Einschränkung des § 671, II BGB. Kündigt nun der Verpflichtete grundlos zur Unzeit, so kann der Berechtigte nur gemäß § 671, II BGB auf Schadensersatz klagen.

---

[28]) Brinz, Pandekten § 364.
[29]) Kellerhof S. 24. Beseler S. 58.
[30]) Degenkolb S. 38 ff.

Ebenso ist zu entscheiden, wenn der Schuldner in Verzug gekommen ist und infolgedessen die Leistung für den Gläubiger kein Interesse mehr hat; ferner wird durch bloße Verzögerung die Leistung unmöglich, wenn die Leistungszeit wesentliches Vertragsmoment ist. (Das Fixgeschäft).

Daß unter solchen Umständen der Gläubiger aus dem Vorvertrage unmittelbar sein Interesse einzuklagen berechtigt ist, rechtfertigt sich aus den allgemeinen Rechts- und Vertragsgrundsätzen, die ja in jeder Weise auf den Vorvertrag entsprechend anzuwenden sind.

Aus dem Vorvertrag ergibt sich für die Parteien ein Anspruch, dessen Inhalt wir festzustellen haben.

Es kann sich in der Praxis ergeben, daß schon vor dem Termine, an dem der Hauptvertrag zu schließen ist, der Verpflichtete die Leistung verweigert oder das Vorliegen eines Vorvertrages in Abrede stellt. Dann wird der andere Teil ein Interesse daran haben, daß das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Er kann die Feststellungsklage des § 256 ZPO anstrengen. Das erforderliche Interesse — jedes ökonomische Interesse ist genügend — wird meistens vorliegen.[31])

A, der an einem bestimmten Tage größere Zahlungen zu leisten hat und sich für diesen Tag von B ein Darlehn hat versprechen lassen, wird, wenn B erklärt, nicht leisten zu wollen, ein hinreichendes Interesse geltend machen können.

Für die Vollstreckung der Vorverträge zu Konsensualkontrakten gilt § 894 ZPO. „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil Rechtskraft erlangt hat." Ist das Urteil rechtskräftig geworden, ist also der Vertrag geschlossen.

Für die Vollstreckung formeller Vorverträge gilt § 887 und § 888 ZPO, für den Abschluß eines Realkontraktes, außer § 894 ZPO betreffs der Willenserklärungen, § 803 ff. ZPO.

Wir sagten, der Hauptvertrag ist geschlossen mit der Rechtskraft des Urteils. Es bedarf keiner ausdrücklichen Annahme seitens des Klägers. Die Erhebung der Klage ersetzt diese Erklärung des Gläubigers, und dadurch, daß die Klage nicht zurückgezogen wird, wird die Annahme der Erklärung aufrecht erhalten. § 306 ZPO gestattet dem Kläger bis zum Urteil den Widerruf. Mit der Rechtskraft des Urteils ist der Widerruf ausgeschlossen; mag die Willenserklärung zum Nachteil oder auch zum Vorteil des Beklagten ausgefallen sein, der Vertrag ist geschlossen, keiner der Kontrahenten kann einseitig zurücktreten.[32])

---

[31]) Vgl. RGE. Bd. 37 S. 305.
[32]) Bechmann, S. 273.

Von großer Wichtigkeit ist die Frage nach der Abtretungsmöglichkeit des Anspruches aus einem Vorvertrage.

Die herrschende Meinung des gemeinen Rechtes verneinte die Uebertragbarkeit,[33]) und auch heute wird die Möglichkeit, den Anspruch abzutreten, meist verneint.

Wir sind zu gegenteiliger Ansicht gekommen. Nach § 399 BGB kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung des Inhaltes erfolgen kann, oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. In letzterem Falle ist selbstverständlich, daß auch ein Anspruch aus einem Vorvertrage nicht abgetreten werden kann.

§ 399 BGB auf den Vorvertrag angewandt, heißt also, die Uebertragbarkeit ist n u r zu verneinen, wenn der Inhalt der vom Verpflichteten zu versprechenden Leistung durch die Person des Gläubigers bestimmt wird.[34]) Man hat für den einzelnen Fall festzustellen, wann die Person des Gläubigers den Inhalt der Leistung bestimmt. Wenn A sich dem B verpflichtet hat, ihm ein Darlehn zu gewähren, so würde er es dem als leichtsinnig bekannten C gegenüber nicht getan haben. Und wenn ich dem A versprochen habe, ihm meine wertvolle Büchersammlung zu leihen, so darf A diesen Anspruch nicht abtreten. Denn nicht jedem wird man den unentgeltlichen Gebrauch einer wertvollen Sache gestatten, sondern nur dem, dessen Person Sicherheit für eine anständige Behandlung der Sache bietet.

Andererseits wird nicht immer der Inhalt der Leistung durch die Person des Gläubigers bestimmt. Und in einem solchen Falle wollen wir die Uebertragbarkeit des Anspruches gestatten. Hier eine Entscheidung des OLG Oldenburg:[35]) Der Fabrikant G kauft von einem Bauern ein diesem gehörendes Grundstück, auf dem eine Fabrikanlage steht, mit der Nebenbestimmung, daß dem Käufer zur eventuellen Erweiterung seines Fabrikbetriebes während der nächsten 15 Jahre auf sein Verlangen noch ein Areal bis zur Größe von 10 Morgen gegen einen Kaufpreis von 500 Thalern pro Morgen zu verkaufen sei. G hat die Fabrikanlage an die Firma B u. Comp. übertragen. Diese klagt innerhalb der Frist auf Grund des Vorvertrages auf Abtretung eines Morgens der bezeichneten Grundstücke zum Preise von 500 Talern. Das Gericht nahm hier die Uebertragbarkeit des Anspruches an und gab der Klage statt; mit Recht, denn die Person des Gläubigers war für den Inhalt des Vertrages ohne

---

[33]) Vgl. Göppert S. 424 ff., und Degenkolb S. 77 ff.
[34]) Regelsberger in Endemanns Handbuch II S. 421.
[35]) Seuff. Arch. 16 Nr. 79.

Einfluß. „Seine Person als solche trat dabei zurück hinter die Eigenschaft des künftigen Fabrikeigentümers, daher denn auch nach der unzweifelhaften Absicht der Kontrahenten anzunehmen ist, daß er das Erwerbsrecht — abgesehen von der anderweitigen, hier nicht in Betracht kommenden Zeitbeschränkung — nur solange sollte ausüben können, als er sich im Besitz der Fabrikanlage befinde, daß aber dieses Erwerbsrecht auf einen Nachfolger im Eigentum der Fabrikanlage übertragbar sei. Eine gegenteilige Absicht würde der im Verkehrsleben begründeten Auffassung widersprechen, wonach die Fabrikanlage als das Hauptobjekt erscheint, für welches der fernere Erwerb von Land in Aussicht gestellt und zugesichert werden sollte."

§ 4.

Der Vorvertrag im Verhältnis zu den Vorverhandlungen der §§ 154, 155 BGB.[36])

Vorverträge und Vorverhandlungen, die ihre rechtliche Bedeutung in den §§ 154 und 155 BGB gefunden haben, sind scharf voneinander zu scheiden. Wenn zwei Parteien einen Vertrag abschließen wollen, werden häufig dem Vertragsabschluß Erkundigungen und Anfragen besonderer Art vorangehen: die sogenannten Vorverhandlungen. Diese Vorverhandlungen sind unverbindlich und dienen nur dazu, den Parteien einen Ueberblick zu verschaffen, bevor sie sich vertraglich verpflichten. Gemeinsam haben sie mit den Vorverträgen die vorbereitende Funktion, finden aber schärfste Trennung darin, daß sie unverbindlich sind, während jene bindende Verträge darstellen.

Dieser Unterschied ist in der Literatur nicht immer festgehalten worden. In Gegensatz zu Degenkolb,[37]) der unter Punktationen nur nichtbindende Vorverhandlungen verstanden wissen will, die er, da sie Mißfigur ohne rechtliche Bedeutung seien, aus unserm Rechtsbegriff auszumerzen wünscht, hat sich besonders Dernburg[38]) gestellt. Degenkolb trennt scharf Vorverhandlungen und Verträge, wogegen Dernburg unter dem Begriff Vorvertrag sowohl Punktationen als auch pacta de contrahendo verstehen will. Unter Punktationen versteht er die von den Parteien gemachten Aufzeichnungen über Punkte, über die sie sich bereits geeinigt haben. Einmal sei diese Punktation ohne bindende Kraft, wenn sie nur pro memoria zur Vorbereitung des Vertrages diene; einen fertigen Vertrag aber stelle sie dar, wenn die Punktation alle dem Vertrage wesentlichen

---

[36]) vgl. Windscheid II S. 254 ff.; Dernburg II S. 26; Endemann I S. 615 ff.; Planck I. S. 227 und Rehbein S. 206 ff.

[37]) Degenkolb S. 48.

[38]) Dernburg, Pandekten II S. 26.

Punkte enthalte und auch der Vertragswille der Parteien vorliege. Diese verbindliche Punktation hat aber mit dem Vorvertrage absolut nichts zu tun, denn beider Inhalt ist ein grundverschiedener, da doch der Inhalt des Vorvertrages auf contrahere zielt.

Das BGB hat die Vorverhandlungen in den §§ 154 und 155 festgelegt. Wir sagten schon, daß die Vorverhandlungen unverbindlicher Natur sind, daß der Vertrag erst durch Parteikonsens zustandekommt. Es heißt im § 154, daß im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen ist, so lange nicht die Parteien sich über alle Punkte geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll. Es liegt hier der Fall der den Parteien bewußten Unvollständigkeit der Einigung, des sogen. offenen Dissenses[39]) vor. Staudinger[39]) nennt als Beispiel einen Kaufvertrag, der mit der Einigung über Gegenstand und Preis noch nicht perfekt ist, sofern auch nur nach dem ausdrücklichen oder aus schlüssigem Verhalten erkennbaren Willen einer Partei noch besondere Zahlungs- oder Lieferungsmodalitäten vereinbart werden sollen. Liegt offener Dissens vor, ist mangels fehlender Einigung kein Vertrag geschlossen.

§ 154 BGB. nennt einen Vertrag unter diesen Umständen als im Zweifel nicht geschlossen. Wir zitieren hier Staudinger 637 III: „Liegt erkennbar eine Willensmeinung der Partei vor, welche dahingeht, einen nicht zu den gesetzlichen Essentialien gehörigen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden soll, nicht als wesentlich zu behandeln, so wird diese Willensmeinung geachtet und kommt der Vertrag trotz Mangels der Einigung über jenen Punkt zustande; denn § 154 BGB. gilt nur im Zweifel. Die verbleibende Lücke des Vertrages ist dann regelmäßig den gesetzlichen Bestimmungen gemäß auszufüllen."

Damit liegt die Grenze klar: Im ersteren Falle ist kein Vertrag zustande gekommen; im zweiten haben wir einen Vertrag, dessen Anspruch direkt auf Erfüllung geht, während der Inhalt des Vorvertrages auf ein contrahere zielt.

Ein Gleiches finden wir im § 155 BGB, dem Fall des versteckten Dissenses, wo ebenfalls entweder Nichtigkeit des Vertrages eintritt, oder das Vereinbarte gilt, sofern anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über den „strittigen" Punkt geschlossen sein würde, somit der direkte Anspruch auf solvere gegeben sein würde.

---

[39]) Staudinger, Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB. I, S. 638 ff. mit dortiger Literatur und Beispielen.

II. Teil.

§ 5.

Realkontrakte im geltenden Recht; Vorverträge vor Realkontrakten.

Im Vorliegenden haben wir Begriff, Inhalt und Wirkung des Vorvertrages, schlechthin den Vorvertrag im Allgemeinen zu bestimmen versucht. Bevor wir uns nun zum zweiten Teil der Arbeit, zur Untersuchung der Vorverträge zu Konsensualkontrakten zuwenden, haben wir festzustellen, ob es nach dem Rechte des BGB überhaupt noch Realkontrakte gibt und welche im bejahenden Falle als solche anzusprechen sind.

Der Realkontrakt[40]) umfaßt, streng genommen zwei Elemente, ein obligatorisches und ein dingliches, die aber nicht selbständig zu denken sind, sondern zu einem Ganzen einheitlich verschmolzen sind. Denn zu der obligatorischen Seite, der Einigung, muß die Hingabe der Sache, der res, hinzutreten — nicht solvendi, sondern obligandi causa —, da die Einigung ohne Hingabe der res noch keinen Vertrag zustande bringt. Die Hingabe und Annahme der res läßt erst die Obligation entstehen.

Das römische Recht kannte vier Realkontrakte: das pignus, mutuum, commodatum und depositum. Das BGB hat diese drei letzteren, Darlehn, Leihe und Verwahrung, als obligatorische Verträge übernommen, während das pignus vom BGB nur als dinglicher Vertrag geregelt worden ist. Letzteres kann also bei der folgenden Untersuchung ausfallen, da wir das Anwendungsgebiet der Vorverträge auf die obligatorischen Verträge beschränkt haben, somit ein Vorvertrag zur Pfandbestellung nicht als möglich erscheint.

Nach den Motiven II S. 309 ff. will zwar das BGB den wissenschaftlichen Streit, ob Leihe, Darlehn und Verwahrungsvertrag Konsensual- oder Realkontrakte seien, nicht entscheiden. In Wirklichkeit hat aber das BGB durch Wortlaut und Sinn der betreffenden Paragraphen des Gesetzes diese Verträge als Realverträge gekennzeichnet, was u. E. das unbedingt Richtige ist, wie wir im Folgenden beweisen werden.

Was zunächst den Darlehnsvertrag angeht — wir beginnen mit ihm, weil gerade bezüglich des Darlehnsvertrages Literatur und

---

[40]) Vgl. Schloßmann S. 36 ff.; Endemann S. 611; Adler S. 190 ff.; Windscheid II S. 279.

Wissenschaft ziemlich übereinstimmen[41]) —, so ist in erster Linie der Wortlaut des § 607 BGB maßgebend. Wenn es da heißt: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehn empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten", so ist der Empfang der vertretbaren Sachen Voraussetzung für die Rückgabepflicht des Schuldners. Wenn § 610 BGB von dem Vertrage spricht, ein Darlehn geben zu wollen, so spricht auch diese Fassung für die Realtheorie, da das Gesetz im § 610 BGB einen Darlehnsvorvertrag gegenüber dem Darlehnsvertrag selbst dokumentiert.

Neben Wortlaut und Sinn des Gesetzes stempeln auch Verkehrsauffassung und praktischer Gebrauch den Darlehnskontrakt zum Realkontrakt. Das Darlehn gilt erst dann als entstanden, wenn die Valuta hingegeben ist. Nach der Verkehrsauffassung ist nicht der Vertrag Klagfundament der Rückforderung, sondern die Hingabe des Geldes.[42])

Bestrittener ist der Charakter der Leihe. Wohl wird sie von den meisten als Realkontrakt[43]) bezeichnet, doch hat sich auch eine Anzahl Gegner dieser Ansicht gefunden.[44]) Aber auch hier zwingt u. E. und vielleicht noch deutlicher als beim Darlehnsvertrage Wortlaut des Gesetzes dazu, die Leihe als Realkontrakt zu charakterisieren.

„Durch den Leihvertrag wird der Verleiher einer Sache verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten." § 598 BGB.

„Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietszeit zu gewähren." § 535 BGB.

Diese beiden hier zitierten Paragraphen sprechen für sich. Der Mietvertrag ist Konsensualkontrakt. Wenn der Gesetzgeber die Leihe durch Konsens allein hätte entstehen lassen wollen, hätte er wie auch im § 535 BGB sich des Wortes „gewähren" bedienen müssen. Das Wort „gestatten" dokumentiert, daß der Leihgegenstand bereits übergeben sein muß, bevor von einem Leihverhältnis die Rede sein kann.

Wenn Windscheid-Kipp[45]) aus dem § 598 BGB auf den konsensualen Charakter des Leihvertrages schließen will — obwohl er selbst zugeben muß, daß der Ausdruck „gestatten" nur den Schluß

---

[41]) Planck II S. 340; Endemann S. 612; Enneccerus S. 923; Cosack S. 510 u. a.
[42]) Endemann S. 612.
[43]) Oertmann S. 643; Planck S. 536.
[44]) Cosack I S. 492; Schloßmann, Windscheid-Kipp.
[45]) Windscheid-Kipp II S. 591.

zuläßt, daß die Leihe Realkontrakt ist —, so irrt er in der Auslegung des § 598 BGB. Denn soweit die Fassung des § 598 BGB für den Charakter der Leihe in Betracht gezogen wird, kann es u. E. nur auf den Ausdruck „gestatten" ankommen, während Winscheid den konsensualen Charakter der Leihe damit zu begründen sucht, daß nach Ansicht der II. Kommission[46]) zwischen demjenigen, der die Verleihung einer Sache zusagt und dem Verleiher nicht zu unterscheiden, vielmehr der Leihvertrag einheitlich zu behandeln sei.

Auch die übrigen Vorschriften des BGB über die Leihe sprechen fast alle von einer „geliehenen oder verliehenen" Sache, somit immer den Vollzug der Uebergabe voraussetzend. Besonders deutlich tritt dies im § 604 BGB hervor, wonach der Entleiher verpflichtet ist, die „geliehene" Sache nach dem Ablauf der für die Leihe bestimmten Zeit zurückzugeben.

Oertmann[47]) sagt dazu sehr treffend, daß das Gesetz in keiner Vorschrift den Verleiher verpflichte, dem Entleiher die Leihsache zu übergeben. Wäre die Leihe ein Konsensualkontrakt, so stände diese Vorschrift doch im Vordergrunde und müßte im Gesetz enthalten sein.

Eine Bindung zur Rückgabe schon vor Hingabe der Sache entspricht auch nicht der Verkehrsauffassung, die den Leihvertrag erst mit der Uebergabe der Sache entstehen läßt.

Für die Kennzeichnung des Verwahrungsvertrages als Realkontrakt genügt fast die Behauptung allein. Schon die Motive[48]) lehnen den Verwahrungsvertrag als Konsensualkontrakt ab und kennzeichnen ihn als Realkontrakt. Auch der Wortlaut des § 688 BGB ist deutlich genug: Durch den Verwahrungsvertrag wird der Verwahrer verpflichtet, eine ihm von dem Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren. Es wird also die Uebergabe der Sache vorausgesetzt.[49]) Auch das A.L.R.,[50]) das österreichische[51]) und das sächsische[52]) BGB kennzeichnen die Verwahrung als Realkontrakt.

---

[46]) Protokolle II S. 269.

[47]) Oertmann, BGB. S. 643.

[48]) Motive II S. 570.

[49]) Vgl. Protokolle I S. 392.

[50]) A.L.R. I 14 § 9: Wenn eine Sache jemandem unter der Verbindlichkeit übergeben worden ist, daß er sie aufbehalten und künftig zurückgeben solle, so ist unter den Parteien ein Verwahrungsvertrag vorhanden.

[51]) § 957: Wenn jemand eine fremde Sache in seine Obsorge übernimmt, so entsteht ein Verwahrungsvertrag. Das angenommene Versprechen, eine fremde, noch nicht übergebene Sache in die Obsorge zu übernehmen, macht zwar den versprechenden Teil verbindlich; es ist aber noch kein Verwahrungsvertrag.

[52]) § 1260: Ein Hinterlegungsvertrag, depositum, wird geschlossen, wenn eine bewegliche Sache zum Zweck der unentgelt-

Literatur und Rechtsprechung vertreten die gleiche Auffassung. So hat das OLG Hamburg in einer Entscheidung vom 10. 4. 1906 (OLG 13, S. 33) entschieden: „§ 688 BGB läßt deutlich erkennen, daß der Abschluß eines Verwahrungsvertrages voraussetzt, daß die zu verwahrende Sache vom Hinterleger dem Verwahrer übergeben wird."

Die drei Vertragsarten des Darlehns, der Leihe und der Verwahrung sind also gemäß der römisch-rechtlichen Auffassung als Realkontrakte ins BGB übergegangen.

Haben wir aber diese genannten Verträge als Realverträge gekennzeichnet, so ist damit auch die Möglichkeit und die Rechtsverbindlichkeit von Vorverträgen anerkannt, die auf die Mitwirkung zum Abschluß des entsprechenden Realkontraktes abzielen.[53]) Dieser Vorvertrag ist natürlich, ebenso wie der zu Konsensualkontrakten, selbst Konsensualkontrakt; denn der zum Realkontrakt als Hauptvertrag gehörende Vorvertrag z. B. der Darlehns-Vorvertrag, hat die Bindung zum Abschluß des Darlehnsvertrages zum Inhalt. Er kommt also durch bloßen Konsens zustande, da die res erst bei Abschluß des Haupt- und nicht schon bei Abschluß des Vorvertrages zu übergeben ist.

Wenn auch das BGB eine allgemeine Regelung der Vorverträge mangels zureichenden Bedürfnisses für nicht erforderlich gehalten hat, so hat es doch Vorverträge sowohl zu Real- wie auch zu Konsensualkontrakten für möglich und zulässig erklärt.[54]) Und wenn es den Vorvertrag zur Leihe und zum Verwahrungsvertrage nicht erwähnt, so kennen ihn doch die Materialien.[55]) Der Vorvertrag zum Darlehn ergibt sich aus dem Gesetz unmittelbar im § 610 BGB.[56]) Wenn hier auch nur das pactum de mutuo dando erwähnt ist, so soll damit die Möglichkeit des pactum de mutuo accipiendo nicht ausgeschlossen sein.[57])

Gerade beim Realkontrakt liegt das Hauptanwendungsgebiet des Vorvertrages. Am häufigsten erscheint wohl der Vorvertrag beim Darlehn. Hier zeigt sich besonders seine Natur als Sicherungsgeschäft. Denn wenn jemand eine bestimmte Summe erst an einem bestimmten Tage braucht, er aber sicher sein will, daß sie ihm an diesem bestimmten Tage zur Verfügung steht, so wird er

---

lichen Aufbewahrung übergeben wird. Der Uebergabe steht gleich, wenn der Inhaber einer Sache, dieselbe als von einem anderen hinterlegt betrachten zu wollen, gegen diesen unter dessen Einwilligung erklärt.

[53]) vgl. Oertmann BGB. S. 316; Planck Komm. II S. 335.

[54]) Motive I S. 178.

[55]) Motive II S. 446 und 570; Protokolle II S. 269 und 391.

[56]) Vgl. RG 38 S. 308 .

[57]) Endemann I A 9 S. 617.

den Darleiher durch den Vorvertrag zwingen, ihm an diesem Tage das Geld zur Verfügung zu stellen.

Im Gegensatz zu den Vorverträgen zu Konsensualkontrakten ist auch die Möglichkeit und Rechtsverbindlichkeit der Vorverträge zu Realkontrakten in der Literatur kaum bestritten.[58])

Wenn Schloßmann und Storch den Vorvertrag zum Realkontrakt als logisch unmöglich erklären mit der Begründung, die im Vorvertrage enthaltene Erklärung künftig zu wollen, sei der erklärte Wille selbst, es sei also der Wille direkt auf das konkrete Objekt gerichtet, so mag man dagegen nur bedenken, daß das Versprechen, künftig zu wollen, den gegenwärtigen Willen zum Vertragsschluß verneint.

Es wird im Gegenteil in der Literatur sogar die Ansicht vertreten, daß jedem Realkontrakt ein Vorvertrag vorangehen muß, der jenen erst entstehen lasse.

Diese Ansicht finden wir zuerst vertreten bei Suffrian, der allerdings speziell jedem Darlehnsvertrage einen Vorvertrag vorausschicken zu müssen glaubte. Er behauptet, daß, wenn A den B um ein Darlehn angehe und B auf die Frage des A bejahend antworte, diese Frage und Antwort Antrag und Annahme des Vertragsantrages auf Abschluß eines anderen Vertrages bedeute. Diese Ansicht griffen Sintenis und Thoel[59]) auf und erweiterten sie, das natürlich mit Recht, auch auf die anderen Realkontrakte.

Wenn wir auch zugeben müssen, daß dies häufig der Fall sein kann und auch sein wird, so müssen wir doch bestreiten, daß dies immer der Fall sein muß.

Denn wenn wir einmal annehmen: A trifft auf der Straße seinen Freund B, der mit seinem Rade spazieren fährt. A, der noch einige Besorgungen zu erledigen hat, bittet den B, er möge ihm auf eine Stunde sein Rad leihen. B sagt gern zu, steigt ab und gibt das Rad dem A. Hier kann doch kein Platz sein für einen Vertrag, durch den B sich erst zur Uebergabe verpflichten soll. Es würde dann in der Zusage des B der Abschluß des Vorvertrages, den Leihvertrag einzugehen und in der zur selben Zeit erfolgenden Hingabe des Rades gleichzeitig die Begründung des Leihvertrages liegen. Es würde also der Anspruch aus dem Vorvertrage auf Abschluß des Hauptvertrages mit dessen Abschluß selbst zusammenfallen.

Ebenso verhält es sich in dem von Suffrian behaupteten Darlehnsvorvertrage. Wenn hier B auf die Frage des A garnicht bejaht, sondern gleich das Geld übergibt, müßte in der Hingabe des Geldes einmal der Abschluß des Darlehnsvertrages und zum an-

---

[58]) Schloßmann S. 36 ff., S. 68 ff.; Storch S. 28 ff.

[59]) Thoel, Handelsrecht; Sintenis, Das gemeine praktische Zivilrecht II § 108 Anm. 6.

deren in dieser Handlung auch der Abschluß eines Vorvertrages zu diesem Vertrage selbst erblickt werden. Eine Unmöglichkeit, besonders weil der Anspruch aus dem Vorvertrage, der doch auf Abschluß des Hauptvertrages festgelegt ist, gegenstandslos wird, weil der Vertrag ja schon erfüllt ist.

Wie wir schon sagten, kann es Fälle zweifelhafter Art geben, und es ist nur für jeden einzelnen Vertrag festzustellen, ob die Parteien ihre Verhandlungen als ein Geschäft betrachtet wissen wollen. Entscheidende Bedeutung wird man meist dem zeitlichen Zusammenhang beimessen müssen.

Diese letzteren Ausführungen legen uns die Frage nahe: Wann liegt ein Vertragsantrag zu einem Vorvertrage und wann ein Vertragsantrag zum Realkontrakt selbst vor?

Eine Entscheidung ist nur in jedem einzelnen Falle zu treffen und von den Umständen abhängig. Fragt A den B: Willst Du mir ein Darlehn von 500 Mark geben, so kann das ein Vertragsantrag sowohl zu einem Darlehnsvertrage sein — und das wird meistens der Fall sein — wie auch ein Vertragsantrag zu einem Darlehnsvorvertrage. Sofortige Hingabe des Geldes läßt uns einen Darlehnsvertrag erkennen, während die Erklärung des B: In 14 Tagen kann ich Dir die Summe zur Verfügung stellen, einen Darlehnsvorvertrag zustandekommen läßt.

III. Teil.

Vorverträge vor Konsensualkontrakten.

§ 6.

Logische Möglichkeit.

Nachdem wir im Vorliegenden den Vorvertrag definiert, nachdem wir sein Wesen, seinen Inhalt und seine Struktur festumrissen haben, nachdem wir bewiesen haben, daß das geltende Recht gewisse Verträge als Realkontrakte anerkennt und somit die Möglichkeit und Rechtsgültigkeit von Vorverträgen zu Realkontrakten nicht geleugnet werden kann, haben wir die Vorbedingungen gesetzt für eine Betrachtung der Vorverträge zu Konsensualkontrakten.

Wenn wir grundsätzlich Vorverträge bei den Konsensualkontrakten, sowohl einseitige als auch zweiseitige anerkennen, so dürfen wir uns nicht damit begnügen, daß die Motive sie als möglich zulassen. Wir müssen zugeben, daß hier wohl die schwächste Position der Vorverträge überhaupt liegt, und es kann daher nicht verwunderlich erscheinen, daß die Gegner gerade hier einsetzen.

Man lese die Entscheidung des Obertribunals vom 14. 3. 1873: Solche pacta de contrahendo kann es bei Konsensualkontrakten aber nicht geben, weil die hergestellte Uebereinstimmung der Willen über den Vertragsinhalt schon den Vertrag selbst darstellt. Wer sich dem zustimmenden Andern verpflichtet, zu verkaufen, hat durch diesen nur scheinbar vorbereitenden Vertrag bereits wirklich verkauft.

Man[60]) behauptet also, der vermeintliche Vorvertrag falle mit dem Hauptvertrage, das vermeintliche pactum de contrahendo mit dem Kontrakt zusammen. Zum Beweise dieser Behauptung bringt man immer zwei Argumente. Es bedürfe nämlich wie jeder andere Vertrag so auch der Vorvertrag zu seiner rechtlichen Wirkung der hinlänglichen Bestimmtheit. Er müsse also, um gültig zu sein, die Essentialia des künftigen Hauptvertrages enthalten. Enthalte er sie aber, so sei der vermeintliche Vorvertrag mit dem Hauptvertrage identisch.

Dieser Beweisführung können wir nicht zustimmen, da die hier gezogenen Schlußfolgerungen auf falschen Voraussetzungen basieren. Denn wie wir bei der Frage nach dem Inhalt der Vorverträge

---

[60]) Storch, Darlehnsvertrag S. 55 ff.; Geller im Oesterreich. Zentralbl. Bd. I S. 142 ff.

schon bewiesen haben, bedarf der Vorvertrag zu seiner Gültigkeit garnicht der Essentialia des Hauptvertrages. Und wenn der vermeintliche Vorvertrag mit dem Hauptvertrage identisch sein, also mit ihm zusammenfallen soll, so ist es ja gerade das, was die Parteien n i c h t wollen. Sie verpflichten sich gegenwärtig, in der Zukunft zum Abschlusse eines bestimmten Vertrages durch künftige Konsenserklärung mitzuwirken. Darin liegt eine direkte Negierung einer gegenwärtigen Konsenserklärung bezüglich des Inhaltes des Hauptvertrages, also eine scharfe Scheidung des gegenwärtigen und des zukünftigen Vertragswillens.

„Das pactum de contrahendo, ernstlich als das gemeint, wofür es sich ausgibt, schließt also den Hauptvertrag, auch wenn er ein Konsensualvertrag ist, nicht in sich.

Es ist ebensowenig, insofern es ihn ausschließt, eine in sich widersprechende Willenserklärung. Vor- und Hauptvertrag gehen auf verschiedene Objekte, jener auf ein contrahere, dieser dereinst auf ein reelles Leisten. Daß man sich diese reelle Leistung nicht sofort unmittelbar zusichern läßt, sondern vorerst vermittelt durch eine weitere Leistung, durch die erwartete Erfüllung des sogen. pactum de contrahendo, ist an sich durchaus nicht widersinnig."[61])

Storch sucht in seinem Darlehnsvertrage die Nichtexistenz von Vorverträgen zu Realkontrakten zu beweisen. Er geht von der Behauptung aus, daß, einem Konsensualkontrakt einen Vorvertrag vorauszuschicken, unmöglich sei, denn in dem Abschluß eines Vertrages über einen zu schließenden Vertrag — was doch nichts anderes bedeutet, als sich verpflichten, daß man sich verpflichten wolle, seinen Willen dahin zu binden, daß der Wille gebunden werden solle — läge ein logischer Pleonasmus.

Im gleichen Ideenkreise bewegt sich auch Geller, der allerdings Vorverträge zu Realkontrakten anerkennt. Aber auch Gellers Schlußfolgerungen erscheinen unhaltbar. Er setzt nämlich ebenfalls voraus, daß der Vorvertrag, um bindend zu sein, die Essentialia des Hauptvertrages enthalten müsse. Er behauptet noch weitergehend, auch kein nichtessentieller Punkt dürfe einer späteren Regelung überlassen bleiben. So sei also ein Vorvertrag vor durch bloßen Konsens zustandekommenden Verträgen eine logische Unmöglichkeit, da somit der im Vorvertrage gebundene Wille gegenwärtiger Vertragswille sei, der den Hauptvertrag in sich begreife. Wie wir schon sagten, ist die Folgerung Gellers, daß ein Vorvertrag zu Konsensualkontrakten als logisch unmöglich zu betrachten sei, mit der Feststellung, daß die Voraussetzungen Gellers, der Vorvertrag müsse die Essentialia des Hauptvertrages enthalten, als unbegründet und falsch abzuweisen sind, nicht zu halten.

---

[61]) Degenkolb S. 20.

Noch ein zweites fällt bei den Deduktionen Storchs und Gellers auf, nämlich eine Ueberschätzung des Willensmomentes und damit Hand in Hand eine Vernachlässigung des in dem contrahere mit enthaltenen Momentes des Handelns, der Erklärung des Wollens. Denn der Gegensatz der beiden Verträge besteht nicht in „einem gegenwärtigen oder zukünftigen Wollen, als einem rein geistigen, abstrakten Vorgange, sondern in einem gegenwärtigen und zukünftigen Handeln."

Wir haben also im Vor- und Hauptvertrage zwei Rechtsgeschäfte mit verschieden geartetem Inhalt vor uns. Vor- und Hauptvertrag sind also nicht identisch. Wir behaupten somit auf Grund vorstehender Untersuchungen „Vorverträge zu Konsensualkontrakten sind logisch möglich."

§ 7.

Tatsächliches Vorkommen.

Wenn wir Vorverträge zu Konsensualkontrakten für logisch möglich erklären, ja sogar behauptet und bewiesen haben, daß, wenn man Vor- und Hauptvertrag als identisch zusammenfallen lassen will, man etwas logisch Unmögliches will, so besagt das noch nicht das tatsächliche Vorhandensein von Vorverträgen dieser Art.

Und darin liegt in der Tat die jener Ansicht innewohnende relative Berechtigung. Nicht logische Unmöglichkeit, aber ein Widerstreben gegen unnütze Umwege und juristische Künsteleien, also nicht ein Angriff hinsichtlich der juristisch-logischen Möglichkeit, sondern der sogen. Praktikabilität.

Hier ist nach Degenkolbs Vorgang eine doppelte Frage zu beantworten: Die eine gerichtet auf die verständige Auslegung des Willens der Parteien, die andere gerichtet auf das Verhältnis des positiven Rechts zu der vom Parteiwillen beliebten Verkünstelung der Rechtsgeschäfte.

„Beide Fragen[62]) so gestellt ergibt sich als Antwort auf die erste, daß Ausdrücke, welche rein äußerlich betrachtet auf einen erst zukünftig abzuschließenden Vertrag hinzuweisen scheinen, der Ausdruck des schon geschlossenen Vertrages sein können, auf die zweite, daß es dem positiven Recht gefallen kann, den vom Parteiwillen etwa wirklich erkorenen Umweg, (gleichviel ob im Wege von Fiktionen oder auf weniger verhülltem Wege) zu überspringen und den Vorvertrag in den Hauptvertrag selbst umzusetzen."

Wenn zwischen zwei Rechtsgeschäfte Zwischenforderungen eingeschoben werden, so darf man wohl Sinn und Zweck dieser Ein-

---

[62]) Degenkolb, Der Begriff des Vorvertrages, S. 21.

schiebung nachforschen. Muß man feststellen, daß das eingeschobene Rechtsgeschäft einen reinen Umweg darstellt und der Grund dafür in einer Verkünstelung der einfachen und natürlichen Verkehrsformen, in der Lösung der Forderung von gesunden wirtschaftlichen Zwecken zu finden ist, so ist vernünftigerweise das das Zwischenglied einschiebende Rechtsgeschäft als unnütze Belastung des Rechtsverkehrs von der Rechtsordnung auszumerzen.

Unter diesem Gesichtswinkel, ausgehend von der Wesens- und Begriffsbestimmung des Vorvertrages, der nur, aber auch nur vorliegt, wenn einmal ein künftiger Vertragsschluß in Aussicht genommen ist und zum zweiten eine oder beide Parteien sich gegenwärtig vertraglich verpflichten, durch ihre Mitwirkung beim contrahere den späteren Hauptvertrag herzustellen, müssen wir aus der Reihe der einseitigen Vorverträge vor Konsensualkontrakten einige Rechtsfiguren ausschließen, die mit Vorverträgen nicht das mindeste zu tun haben, wenn sie auch in der Literatur oft unter dem Namen der pacta de contrahendo laufen und auch in wirtschaftlicher Beziehung oft denselben Erfolg zu erzielen vermögen.

I.

Unter diese aus der Reihe der Vorverträge auszuscheidenden Fälle sind zunächst die bedingten Verträge[63]) zu rechnen, auch wenn die Gültigkeit des bedingten Vertrages von einer einseitigen Handlung oder Erklärung eines der Kontrahenten abhängig ist. Denn entweder ist der bedingte Vertrag selbst abgeschlossen, also durch die schwebende Bedingung nicht die Perfektion des Vertrages, sondern der Eintritt des aus ihm zu erzeugenden Rechtsverhältnisses gehemmt; dann ist der Vertrag als solcher perfekt und der Abschluß eines zweiten Vertrages nicht nur überflüssig, sondern einfach unmöglich. Oder man läßt den Vertrag erst mit Eintritt der Bedingung perfekt werden. Dann besteht bis zum Eintritt der Bedingung kein Vertrag und keine rechtliche Bindung der Parteien; dem mit Eintritt der Bedingung perfekten Vertrage steht kein früherer Vertrag gegenüber und es entsteht der neue Vertrag nicht auf Grund einer auf seinen Abschluß gerichteten Verpflichtung.

Somit darf der Kauf auf Probe nicht zu den Vorverträgen gezählt werden. Nachdem in § 495 BGB der Kauf auf Probe als im Zweifel aufschiebend bedingter Vertrag gekennzeichnet worden ist, muß man ihm gegen die,[64]) die ihn als Vorvertrag anerkannt wissen wollen, die Zugehörigkeit zu den Vorverträgen absprechen.

---

[63]) Vgl. Thoel, Handelsrecht § 71 S. 433. Goldschmidt, Handelsrecht, I S. 262 ff. Göppert S. 406; Bechmann S. 271.

[64]) Thoel, Handelsrecht § 71 S. 433; Goldschmidt, Handelsrecht I S. 262 ff.

Auch das im § 505 BGB als das Recht, durch einseitige Erklärung einen Kauf unter den von dem Verpflichteten mit einem Dritten vereinbarten Bestimmungen zum Abschluß zu bringen, definierte Vorkaufsrecht ist nicht Vorvertrag. Wir haben beim Vorkauf drei Verträge vor uns: 1.) der das Vorkaufsrecht begründende Vertrag, 2) ein Vertrag, der die Bedingungen für den Vorkauf festsetzt und 3) die Ausübung des Rechtes aus dem ersten Vertrage, der Vorkauf selbst. Der Vorkauf und der Hauptvertrag sind insofern einander gleichzustellen, daß beide als selbständige Verträge durch übereinstimmende Willenserklärungen zustandekommen und bei beiden einer der Kontrahenten zum Abschluß des Vertrages gebunden ist. Aber während der Vorvertrag inhaltlich, wie wir nachgewiesen haben, den Hauptvertrag festlegen und bestimmen muß, wird der Vorkauf nicht durch den dem Vorvertrage entsprechenden Vertrag, der nur das Vorkaufsrecht begründet, inhaltlich bestimmt, sondern durch den die Bedingungen für den Vorkauf festlegenden Zwischenvertrag: eine Feststellung, die uns zwingt, entgegen der Auffassung von Goldschmidt[65]) den Vorkauf als Vorvertrag abzulehnen.

II.

„Als zweite Gruppe scheiden wir die Fälle aus, in denen von dem Abschluß eines künftigen Vertrages überhaupt nicht die Rede ist, sondern von bloßen in die Zukunft hinausreichenden oder durch zukünftige Ereignisse in ihrem Erfolge bedingten vertragsmäßigen Modifikationen des bereits geschlossenen Vertrages."[66])

Dahin rechnet Degenkolb in erster Linie die rechtliche Gestaltung des vertragsmäßigen Vorbehaltes des Wiederkaufes. Nach § 497 BGB versteht man unter Wiederkauf das vom Verkäufer beim Abschluß des Kaufvertrages vorbehaltene Recht, die Kaufsache gegen Rückzahlung des Kaufpreises zurückzunehmen. Die rechtliche Struktur dieses Vertrages ist der Wissenschaft überlassen. Es kann hier nicht unsere Aufgabe sein, alle Theorien zu prüfen[67]) und es interessiert im Endergebnis nicht, welcher man folgen will.

Die beste Konstruktion scheint uns Planck[68]) gegeben zu haben, der das Wesen des Wiederkaufes in dem Vorbehalt des Verkäufers hinsichtlich eines auf Wiederverkauf gerichteten unwiderruflichen Vertragsantrages des Käufers erblickt. Der Wiederkäufer

---

[65]) Goldschmidt, Handelsrecht I S. 273 ff.
[66]) Degenkolb S. 26.
[67]) Vgl. Oertmann Vorbem. zu § 497 Nr. 2; Windscheid S. 600 A 7; Enneccerus-Lehmann I S. 618.
[68]) Planck II S. 273.

nimmt durch einseitige Erklärung den Vertragsantrag an und schließt damit den Vertrag.

Die Einwände,[69]) die gegen diese Konstruktion erhoben werden — der Wiederverkäufer sei, wenigstens bei Grundstücken, 30 Jahre lang gebunden, der Ausschluß der Formvorschrift (§ 497 I S. 2 BGB) spreche gegen die Konstruktion von Planck — können hier nicht weiter widerlegt werden.

„Genug, der aus jener Klausel abzuleitende Anspruch ist nicht auf Abschluß, überhaupt nicht auf contrahere gerichtet, sondern auf restituere bezüglich redhibere." Denn die Verpflichtung aus einem Vorvertrage, einen Vertrag abzuschließen, ist etwas ganz anderes als die Verpflichtung, einen unwiderruflichen Vertragsantrag aufrecht zu erhalten. Der Wiederkauf ist also nicht Vorvertrag.

Als wir die logische Möglichkeit von Vorverträgen vor Konsensualkontrakten nachwiesen, haben wir bewußt zwischen einseitigen und zweiseitigen Verträgen nicht unterschieden. Wir müssen jetzt eine Begrenzung vornehmen und uns dem zweiseitigen Vorvertrag zum Konsensualkontrakt zuwenden, nachdem wir eine Reihe von Vertragsgebilden als unecht aus den Fällen des einseitigen Vorvertrages ausgeschlossen haben.

Bechmann[70]) hat die Möglichkeit des zweiseitigen Vorvertrages vor Konsensualkontrakten verneint. Zwar hat er seine Behauptungen auf die zweiseitigen Vorverträge zu Kaufgeschäften beschränkt, aber mit der Verneinung der Zulässigkeit des zweiseitigen Vorvertrages beim Kauf wird auch die Zulässigkeit desselben vor anderen Konsensualkontrakten in Frage gestellt. Bechmann behauptet, der zweiseitige Vorvertrag vor Konsensualkontrakten falle immer mit dem Hauptvertrage zusammen. Für einen solchen Vertrag sei wegen der „elastischen Struktur des Hauptvertrages" eine Notwendigkeit nicht ersichtlich, er charakterisiere sich vielmehr als eine „hybride" Schöpfung des Parteiwillens ohne allen vernünftigen Zweck.

Bechmanns Behauptungen enthalten ein zweifaches. Einmal behauptet er die logische Unmöglichkeit dieser Verträge, wobei auch er von der schon gerügten Voraussetzung ausgeht, Vor- und Hauptvertrag müßten inhaltlich, d. h. in ihren Essentialien, genau übereinstimmen. Einen zweiten Grund findet Bechmann dann in der Verneinung der Notwendigkeit solcher Verträge. Er sagt, man müsse den Vertrag als abgeschlossen betrachten, den die Parteien aus irgendwelchen Gründen nicht abgeschlossen haben, obwohl sie es ebensogut anstelle des Vorvertrages hätten tun können. „Denn völlig zwecklose Rechtsgeschäfte zu sanktionieren kann nicht in der Aufgabe der Rechtsordnung liegen".

---

[69]) Vgl. Oertmann BGB.
[70]) Der Kauf nach gemeinem Recht, S. 281 ff.

Schloßmann hat in Jherings Jahrbüchern Bd. 45 S. 1 ff. über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte dahinlautend geschrieben, man habe die Untersuchung der Lehre des Vorvertrages am falschen Ende begonnen: man suche seine rechtliche Natur zu bestimmen und mache damit etwas zum Gegenstand einer Untersuchung, was noch kein Mensch gesehen habe, was überhaupt nicht existiere. Abgesehen davon fehle jedes praktische Bedürfnis für den Abschluß eines Vorvertrages, dieses „hohlen Begriffes", an dessen Abschluß eine Partei ein vernünftiges Interesse nie haben könne.

Wir kehren zum Ausgangspunkt unserer Erörterung zurück, zu den von Degenkolb aufgeworfenen Fragen: der verständigen Auslegung des Parteiwillens und der Anerkennung dieser Verträge durch das positive Recht.

Wir wollen zugeben, daß es Fälle zweifelhafter Art gibt, Fälle, die man nicht aus jedem auf die Zukunft zu beziehenden Wort als Vorverträge bezeichnen soll. Wir wollen dem Einwand dahin Recht geben, daß es Fälle geben kann, in denen den Parteien der Weg, auf dem sie ihr endgültiges Ziel erreichen, völlig gleichgültig ist, die den Weg des Vorvertrages ohne jeden anderen Grund gewählt haben, als mit dem Gedanken, so werden wir schon erreichen, was wir wollen. Wenn sich dann dieser Weg als reiner Umweg darstellt, werden die Parteien nichts dagegen einwenden, ja auch nichts dagegen einwenden können, wenn man den natürlichen und vernünftigen Weg als den von den Parteien gewollten ansieht.

Andererseits darf man ein wesentliches Moment nicht übersehen, daß nämlich für die Auslegung eines Vertrages — wenigstens im Bereiche des Rechtes der Schuldverhältnisse — nur eines maßgebend sein kann und darf, nämlich der Wille der Parteien. Solange der Wille der Parteien nicht gegen gesetzliche Vorschriften verstößt, ist er u. E. vom Gesetzgeber zu beachten;[71]) das auch in dem Falle, daß der durch den Parteiwillen so entstandene Vertrag einen ganz überflüssigen Umweg läuft, sa sogar, wenn er die Erreichung des letzthin gewollten wirtschaftlichen Erfolges erschwert.

Bechmann beging bei Aufstellung seiner Behauptungen den Fehler, den Parteien nur eine auf den ökonomischen und wirtschaftlichen Erfolg hinzielende Absicht zu unterschieben. Er läßt dabei ganz außeracht, daß die Parteien das Verhältnis zwischen wirtschaftlichem und juristischem Erfolge wohl beachten, daß die Parteien, wenn auch nicht immer bewußt, dahinstreben, den gewollten wirtschaftlichen Erfolg auch juristisch zu sichern.

Wer einen Vorvertrag vor dem Hauptvertrag einschiebt, negiert damit den gegenwärtigen Abschluß des Hauptvertrages. Die Par-

---

[71]) vgl. Degenkolb S. 21.

teien wollen zur Zeit nicht kaufen oder verkaufen, mieten oder vermieten. Augenblicklich ist einer der Parteien der für eine bestimmte spätere Zeit erwünschte wirtschaftliche Erfolg nicht passend. Was wissen die Parteien, wenn sie nicht gerade Juristen sind, davon, daß sie das Rechtsgeschäft und die Leistung trennen könnten, daß sie den wirtschaftlichen Erfolg bis zu dem gewünschten Zeitpunkt suspendieren, das Rechtsgeschäft aber sogleich vornehmen könnten?

Die Parteien suchen also ein vollkommen gesundes und vernünftiges Ziel zu erreichen, und wenn sie aus Unkenntnis wirklich einen Weg einschlagen, der sie vielleicht später oder weniger sicher zum Ziel führt als ein mit Klauseln und Nebenabreden geschlossener Vertrag, wer will der Rechtsordnung das Recht zusprechen, diesen von den Parteien als Vorvertrag gewollten Kontrakt als Hauptvertrag wenn nicht auszulegen, so doch so zu behandeln.

Und weiter, wer will behaupten, daß der gewollte wirtschaftliche Erfolg juristisch nicht eben so sichergestellt werden kann auf dem Wege des Vorvertrages wie auf dem Wege des unter Nebenbestimmungen abgeschlossenen direkten Vertrages. Wenn wir eben sagten, daß Parteien aus Unkenntnis den Weg des Vorvertrages gehen könnten, so stehen wir jetzt nicht ab, zu behaupten, daß die Parteien oft bewußt unter richtiger Würdigung und Einschätzung der juristischen Tatsachen zur Sicherung des endgültigen wirtschaftlichen Erfolges den Vorvertrag wählen.

Es besteht allerdings in fast allen Fällen die Möglichkeit, den wirtschaftlichen Erfolg, den man durch den Vorvertrag rechtlich sicherzustellen sich bestrebt, auch in einem Vertrage juristisch zu schützen, indem man die Erfüllung, die die Parteien in die Zukunft verlegen wollen, durch Befristungen und Bedingungen hinausschieben würde.

Dabei mag man aber folgendes bedenken. Auf der einen Seite haben wir das unter Nebenabreden, Bedingungen und Befristungen abgeschlossene Rechtsgeschäft, das leicht Mißverständnissen unterworfen und häufig widersprechender Auslegung fähig ist, ein Nachteil, den der im Abschluß von Verträgen nicht besonders geschickte leicht zu seinem Schaden erfahren kann. Auf der anderen Seite ist das aus einer Mehrheit von Rechtsbeziehungen zusammengesetzte Rechtsverhältnis in seine Elemente zerlegt, jedes als selbständiges Rechtsinstitut substantiiert, ohne Raum und Platz für künstliche Auslegungen zu lassen.

Uns erscheint es jedenfalls richtiger, in einfachem Vertrage sich zu binden, um erst, wenn die Verhältnisse, die die sofortige Leistung als nicht wünschenswert erscheinen ließen, sich geändert bezw. geklärt haben, den Hauptvertrag zu schließen.

So auch in der neueren Literatur Leonhard,[72]) der anschließend an die Feststellung, daß Abschließungsverträge bei Realvertragen sehr häufig seien, auch das Vorkommen von Vorverträgen bei Konsensualkontrakten bejaht. Wir lassen Leonhard sprechen. „Aber auch bei anderen Vertragsarten kommen sie oft vor, z. B. beim Kauf. Nicht selten liegt es hier so, daß eine genaue Bestimmung des Kaufgegenstandes noch nicht getroffen werden kann, z. B. weil das Grundstück noch nicht vermessen ist — und doch haben die Parteien ein dringendes Interesse daran, schon jetzt festzustellen, daß der Verkauf der Baufläche zu einem bestimmten Preise erfolgen soll. In solchen und ähnlichen Fällen werden sie zu einem Abschließungsvertrage greifen."

Ueber all diesen theoretischen Betrachtungen steht der Beweis, den uns ein Blick in die lebensvolle Praxis erbringt.

Man denke an den häufig vorkommenden Fall, daß jemand verspricht, gegen Sicherheitsleistung durch Bestellung einer Hypothek ein Darlehn zu geben. A geht B um ein Darlehn von 30 000 Mark zu einem bestimmten Termin an, und B verspricht das Darlehn, wenn A ihm eine Sicherungshypothek an seinem Hause einräumt. A will nichts anderes als die Zusage des B, daß er ihm am bestimmten Tage das Geld, das er z. B. zur Einlösung eines Akzeptes gerade an dem Tage gebraucht, geben will.

Oder der entgegengesetzte Fall, den wir von Eisele[73]) entlehnen: Der Bankier B hat an einem bestimmten Tage 100 000 Mark zur Verfügung. Er verpflichtet den A, ihm diese Summe an dem bestimmten Tage zu einem gewissen Zinssatz abzunehmen. Er hat dann die Gewißheit, das Geld nicht einen Tag nutzlos liegen lassen zu müssen, hat sich aber auf der anderen Seite die Möglichkeit, es nutzbringender anzulegen, offen gelassen.

Ein Rechtsanwalt verpflichtet sich, sämtliche künftigen Geschäftsaufträge eines Klienten zu übernehmen und die eventuell daraus entstehenden Prozesse zu führen.

Mehrere binden sich vertraglich, an einem bestimmten künftigen Termine eine Handelsgesellschaft zu gründen.[74])

Ein Landwirt verpflichtet sich, einem Großkaufmann seine landwirtschaftlichen Erzeugnisse nach der Ernte zu verkaufen und dieser, sie zum Marktpreise abzunehmen.

Ein Fabrikant schließt mit einem Kaufmann einen Vertrag dahingehend, daß er seine sämtlichen Fabrikerzeugnisse für eine bestimmte Reihe von Jahren diesem überläßt, wogegen jener sie zum Marktpreis zu übernehmen sich verpflichtet.[75])

---

[72]) Fr. Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB I, S. 291.
[73]) Eisele, S. 26.
[74]) Vgl. ROHG. Bd. 9 S. 38.
[75]) Vgl. Dernburg Bd. II S. 27.

Diese Beispiele[76]) müssen uns von der Notwendigkeit der Vorverträge, auch der zweiseitigen, vor Konsensualkontrakten überzeugen.

Hiermit ist der Uebergang zur zweiten nach Degenkolbs Vorgang aufgestellten Frage nach der rechtlichen Anerkennung von Vorverträgen zu Konsensualkontrakten gegeben. Mit der Antwort, die wir der ersten Frage gaben, ist eigentlich die Beantwortung der zweiten gegeben und es ergibt sich schon aus manchem vorhergesagten, daß für den Gesetzgeber jeglicher Grund entfällt, Vorverträge zu Konsensualkontrakten zu negieren.

Windscheid erklärt in seinen Pandekten Bd. 3 § 312, daß heute als Fundamentalsatz des gemeinen Rechts im Gegensatz zum römischen Recht nach einem unbestrittenen Gewohnheitsrecht die irgendwie erklärte Einigung der Parteien ein Forderungsrecht erzeuge.[77]) Logisch müßte daraus die Anerkennung der pacta de contrahendo durch das positive Recht gefolgert werden.

Diese Begründung, konsequent durchgeführt, führt zu dem Ergebnis, daß das positive Recht sich unbedingt in den Dienst der Parteiwillkür zu stellen habe. Dagegen sagt Degenkolb[78]) „das positive Recht ist zur Durchführung unbegrenzter Launen des Privatbeliebens nicht gezwungen, es kann sie nicht nur unberücksichtigt lassen, sondern in den Rechtsgeschäften deren Vernunft gegenüber dem abirrenden Einzelwillen herstellen, ihn nicht bloß ergänzen (was ja in 1000 Fällen nichts anderes ist als eine Korrektur), sondern auch ihn unmittelbar berichtigen."

Aber es fällt auch nicht schwer, aus inneren Gründen den Vorverträgen vor Konsensualkontrakten einen Anspruch auf Anerkennung durch das positive Recht zugeben, wenn wir die sachliche „Vernünftigkeit" der Voraussetzungen, die die Einschiebung eines Vorvertrages vor Konsensualkontrakten rechtfertigen sollen, bejahen; also eine Frage nach der praktischen Bedeutung und dem Zweck der Vorverträge.

Wenn die Parteien einen Vorvertrag vor dem Hauptvertrag einschieben, damit den gegenwärtigen Abschluß des Hauptvertrages negieren, so wollen sie die aus dem Hauptvertrage sich ergebenden Rechtsfolgen in der Gegenwart vermieden wissen. Nehmen wir einen Vorvertrag zum Kauf, so ergibt sich, daß für den Käufer Uebernahme der Haftung für Periculum nicht in Frage kommen kann, daß von einer dinglichen Gebundenheit des Käufers als einer Rechtsfolge aus dem Vorvertrage nicht die Rede sein kann. Darin sah die ältere Literatur und Praxis den Gegensatz zwischen Vor-

---

[76]) Weitere Beispiele bei Regelsberger S. 132.
[77]) vgl. Hofmann, Die Entstehungsgründe der Obligationen.
[78]) Degenkolb S. 21 ff.

und Hauptvertrag einerseits und andererseits den Nutzen und Zweck der Vorverträge, auch der Vorverträge zu Konsensualkontrakten.

Wenn Degenkolb[79]) meint, daß diese Unterschiede sich fast durchgängig nur auf die naturalia des Kontraktes beziehen, müssen wir ihm Recht geben; wenn er aber weiter folgert, daß derselbe Erfolg durch Einfügung von Nebenabreden zu dem abgeschlossenen Hauptvertrage auf kürzerem Wege als durch Zwischenschiebung von Vorverträgen erreicht werden kann, so können wir ihm nicht beipflichten. Wohl kann der Zweck des Vorvertrages durch Nebenabreden erreicht werden, aber wir stehen auf dem Standpunkt, daß der sicherste Weg auch meist der kürzeste ist, daß der Vorvertrag eine Vereinfachung der Formulierung gegenüber dem unter Klauseln und Nebenabreden geschlossenen Hauptvertrag bedeutet. Vereinfachung aber heißt, wie Degenkolb selbst sagt, allemal Sicherung gegen Unvollständigkeit und Irrung.

In der neuen Literatur finden wir Theorien, die die Zweckmäßigkeit und praktische Bedeutung der Vorverträge von einer anderen Seite her beleuchten. Wir wollen Eisele[80]) sprechen lassen, der das Spezifische der Vorverträge in ihrer Eigenschaft als Sicherungsgeschäfte sieht. „Dieser ihr spezifischer Zweck leistet dem Versuch, das pactum de contrahendo mit dem darauffolgenden Vertrage zu einer Einheit zu verschmelzen, noch stärkeren Widerstand, als der spezifische Inhalt der durch dasselbe begründeten Verpflichtung, welche eben auf contrahere geht."

Nach Goeppert sind sie ein brauchbares Mittel, um uns Befriedigung irgendwelcher möglichen Bedürfnisse für die Zukunft ohne Gefahr für uns selbst zu sichern und, ohne unsererseits gezwungen zu sein, von der erlangten Zusicherung künftigen Gebrauch machen zu müssen.

Wenn wir zugeben müssen und auch zugegeben haben, daß der durch Einschiebung eines Vorvertrages vor einen Hauptvertrag bezweckte wirtschaftliche Erfolg auch auf dem Wege des mit Nebenabreden geschlossenen sofortigen Hauptvertrages zu erreichen ist, so müssen wir auch zugeben, daß für den Vorvertrag vor Konsensualkontrakten eine absolute Notwendigkeit nicht besteht. Denn was mit allgemeinen Mitteln erreicht werden kann, bedarf an sich keines Spezialmittels mehr.

Mit dieser Begründung aber alle Vorverträge vor Konsensualkontrakten abzulehnen, scheint uns unmöglich. Denn eine nicht absolute Notwendigkeit kann nie Unzweckmäßigkeit bedeuten, was nicht absolut notwendig ist, kann doch aus Gründen des prak-

---

[79]) Degenkolb S. 29.
[80]) Eisele S. 24 ff.

tischen Verkehrs durchaus zweckmäßig sein und in dieser in concreto gegebenen Zweckmäßigkeit erwächst für das positive Recht die Verpflichtung, Vorverträge vor Konsensualkontrakten anzuerkennen und zu schützen.

Wir dürfen abschließend aus unserer Abhandlung einige Folgerungen ziehen und wollen das Ergebnis der theoretischen Betrachtungen, soweit es nicht im vorliegenden schon geschehen ist, mit der Praxis unserer Gerichte vergleichen.

Was das Wesen und den Begriff der Vorverträge angeht, finden wir Wissenschaft und Praxis einig. Mit der erweiterten Auslegung des Begriffes des Vorvertrages hinsichtlich des Vertragsschlusses zwischen einem der Kontrahenten des Hauptvertrages und einem Dritten wagen wir einen Vorstoß gegen die herrschende Meinung.

Bezüglich der Gültigkeitserfordernisse des Vorvertrages haben wir den Inhalt in seiner Bestimmbarkeit festgelegt, und die Notwendigkeit der Uebertragung der Form des Hauptvertrages auf den Vorvertrag für den Fall behauptet, daß der formlos verbindliche Vorvertrag den Zweck der für den Hauptvertrag vorgeschriebenen Form vereiteln würde.

Auf dieser Festlegung des Inhaltes in seiner Bestimmbarkeit fußen auch die Entscheidungen der Spruchbehörden. Es wird diese Behauptung als unrichtig erscheinen, wenn man die oft sich widersprechenden Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes und des Reichsgerichtes vergleicht. Aber abgesehen davon, daß die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes als Entscheidungen über Verträge, die im Bereiche des Handelsrechts unter Kaufleuten abgeschlossen sind, anders ergehen können und müssen, als Entscheidungen des Reichsgerichtes, ist eine genaue Inhaltsbegrenzung nur für den einzelnen in concreto vorliegenden Fall zu geben und eine verschiedenartige Entscheidung bezüglich des Inhaltes sehr wohl möglich.[81]) Während das Reichsoberhandelsgericht in Bd. 9, S. 38 einen Vorvertrag mangels hinreichender Bestimmtheit ablehnte, der auf Eingehung einer Handelsgesellschaft abzielend, den Inhalt des abzuschließenden Gesellschaftsvertrages durch boni

---

[81]) Vgl. ROHG. 11, S. 1: In der Bezeichnung des Kaufgegenstandes als „mehrere Dutzend" liegt keine genügende Bestimmtheit des Kaufgegenstandes für ein pactum de vendendo. Und ROHG Bd. 17, S. 218: Durch die Erklärung des einen Teils in ein Kontokorrentverhältnis mit dem anderen Teil eintreten und von diesem für sein jedesmaliges Guthaben Zigarren entnehmen zu wollen, und durch Akzeptation dieser Erklärung kommt ein rechtsverbindliches pactum de emendo zustande.

viri arbitrium bestimmen lassen wollte, hat das Reichsgericht Bd. 31, S. 147 einen solchen Vertrag für rechtlich denkbar erklärt.

Das Reichsgericht hat sich in seiner von uns schon zitierten Entscheidung Bd. 43 S. 93 bezüglich der Form der Vorverträge zu formellen Hauptverträgen prinzipiell festgelegt. Wir können aber nicht behaupten, daß diese Fixierung imponiert.

Mit den hier erwähnten Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes und des Reichsgerichts ist die Frage nach der Anerkennung von Vorverträgen zu Konsensualkontrakten seitens der Gerichtspraxis schon im bejahenden Sinne beantwortet.[82])

Zusammenfassend kennzeichnen wir das Ergebnis vorliegender Arbeit dahin, daß, während Vorverträge zu Realkontrakten nach dem geltenden Recht geradezu unentbehrlich, Vorverträge zu Konsensualkontrakten zweckmäßig und durch das Verkehrsbedürfnis gerechtfertigt sind, sodaß ihnen die Anerkennung durch das positive Recht nicht verweigert werden kann und wird.

[82]) Vgl. weitere Entsch. des Reichsgerichts Bd. 66, S. 120; Bd. 73, S. 116; Bd. 76, S. 387; Bd. 81, S. 134. Desgl. Degenkolb S. 89.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 29. Juli 1905 in Münster i. W. als 2. Sohn des Volksschullehrers Heinrich Rode und seiner Ehefrau Wilhelmine, geb. Reck, katholischer Konfession. Ab Ostern 1915 besuchte ich das Gymnasium Paulinum in Münster, das ich Ostern 1924 mit dem Zeugnis der Reife verlies.

Von April 1924 bis Mai 1926 war ich zwecks bankmäßiger Ausbildung bei der Münsterischen Bank in Münster tätig, begann im Sommersemester 1926 das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften und bestand in Hamm i. W. am 16. November 1929 das erste juristische Staatsexamen.